

ANDRÉS OLLERO

Uniwersytet Rey Juan Carlos (MADRYT)

CZY PRAWA CZŁOWIEKA MAJĄ CHARAKTER NORMATYWNY?¹

Przede wszystkim powinienem podziękować za otrzymane zaproszenie do przedstawienia w ramach tego spotkania rozważań na temat, który miałem już wcześniej okazję poruszyć pisemnie². Zadane pytanie w dalszym ciągu okazuje się zajmujące. Jeżeli zakwalifikujemy jako mające charakter normatywny wszystko to, co dotyczy prawa, jak w takim razie mogłoby nie być normatywnym coś, co identyfikujemy jako prawa. Jeśli nie miałyby one charakteru normatywnego, należałoby zmienić im nazwę. Moglibyśmy je nazwać np. pobożnymi życzeniami dla ludzkości na przyszłość.

Mimo wszystko stawiane pytanie nie przestaje być logiczne. Wskazuje na nadużywanie pustosłowia, w którym osiadły się rozważania na temat praw człowieka. Z jednej strony stały się one podstawą politycznej poprawności. Nikt nie odważyłby się kwestionować ich znaczenia. Przywódcy polityczni znani z naruszania tych praw walczą o przewodnictwo w organach ONZ odpowiedzialnych za zagwarantowanie ich przestrzegania.

Jednocześnie sugerowanie, że prawa te - których adresatem byłby każdy przez sam fakt bycia człowiekiem, bez konieczności nadania ich przez państwo - mają taki sam charakter normatywny jak te przyznane przez ustawę, oznaczało-

¹ Referat wygłoszony w dniu 20 października 2010 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego w ramach Master in Law and Policies of European Integration: European Constitutional Law and Multilevel Constitutionalism: seminarium międzynarodowe pt. „Spotkanie z teorią prawa”. Przekład z j. hiszpańskiego na j. polski M. Rachwał.

² W ramach *El derecho en teoría* Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007.

by obronę ostatniej twierdzy prawa naturalnego. To zaś nękanie przez przeważającą obecnie filozofię wydaje się być archetypem tego, co naukowo niepoprawne. Dominująca racjonalność pozytywno-naukowa uznaje metafizykę, która w sposób nieunikniony stanowi podstawę prawa naturalnego, za martwą. Dodajmy do tego próbę świeckich kampanii w Europie i skłonność do rozumienia obrony prawa naturalnego w kategoriach nadprzyrodzonych, a zrozumiemy, że iusnaturalizm nie jest u szczytu popularności.

1. Prawa przed prawem?

Dobrze znane jest zainteresowanie tym, czy istnieje życie po życiu. Nie jest więc zaskoczeniem, że dochodzimy do zadania pytania nie mniej ezoterycznego. Czy istnieje prawo przed prawem? Próba odpowiedzi w sposób nieunikniony musi skupić się na rozważeniu trzech zasadniczych problemów: stale kontrowersyjnego związku między prawem a moralnością; formułowania w sposób kontrowersyjny zasad i norm tak zwanego prawa pozytywnego i rzekomego trudnego wyboru pomiędzy równoległe usytuowanymi - porządkiem prawnym i prawem naturalnym.

Problem polega na tym, że pozytywizm wymaga zachowania pojęcia prawa całkowicie sprzecznego z tym, co można by przypisać prawom człowieka. Jeżeli za prawo uważać tylko to, co można przedstawić jako prawo ustanowione - raz a dobrze - przez władzę państwową, to w przypadku, gdy taka władza nie zostanie ustanowiona, nikt nie miałby prawa do niczego. O prawach człowieka można by w sposób elegancki mówić w odniesieniu do tego, co powinno przyznać państwo politycznie poprawne. Jeżeli by tego nie uczyniło, powinniśmy albo oczekiwać, że uważa te prawa za obowiązujące, albo zachęcić je do ich ustanowienia za pomocą jakiejś organizacji zdolnej do wywarcia na państwo skutecznej presji. Aby prawa człowieka móc uznać za prawa rzeczywiste, musielibyśmy zrezygnować z pozytywistycznej teorii prawa, ale to może się okazać zadaniem zbyt ambitnym.

W odniesieniu do praw czysto podmiotowych, to wewnątrz najczystszej ortodoksji pozytywizmu normatywnego ich podstawa nie może być już bardziej oczywista. Mamy prawo do tego, do czego upowazniają nas przepisy, które nadając nam dane uprawnienie, nakładają na inne podmioty odpowiadające tym uprawnieniom obowiązki. Tylko tak zwane prawo obiektywne (system norm) może być podstawą do takich czy innych praw podmiotowych.

Sprawa się komplikuje, jeżeli prawa podmiotowe uznalibyśmy za prawa podstawowe. Te ostatnie, jak sama nazwa wskazuje, nie stanowiłyby jedynie zwykłego następstwa norm, ale raczej dostarczałyby tym normom podstawy. W rezultacie ich poszanowanie będzie warunkiem ważności każdej normy. Upoważnione do tworzenia norm większości parlamentarne mogłyby tego dokonywać, tylko zachowując esencję (art. 53.1 Konstytucji Hiszpanii - dalej CE) tych przedustawowych praw. To one stanowiłyby warunek ważności norm, przynajmniej w sensie negatywnym: żadna norma je naruszająca nie byłaby obowiązująca. Pozostaje tylko wyjaśnienie tego, w czym są podstawy znajdowałyby te prawa podstawowe. Odpowiedź na pierwszy rzut oka wydaje się bardzo prosta: w konstytucji, która - koniec końców - jest niczym innym jak ustawą nadrzędną, ustawą ustaw lub normą norm.

W taki sposób wracamy do tego samego problemu. Powszechnie wiadomo, że interpretacja tekstu konstytucji obraca się wokół tego, co stanowiłoby treść (istotną bądź nieistotną) praw podstawowych w nim określonych. Należałoby uznać, że istnieją jakieś wymagania wstępne wobec prawa pozytywnego, z których to musiałoby w tym najwyższym wymiarze czerpać. Jako że się nam nie pozwala tych wymagań uznać za normatywne, nazwiemy je wartościami (nawet nadrzędnymi, zgodnie z art. 1.1 CE) lub zasadami. Ale czy są to wartości bądź zasady o charakterze normatywnym? Czy może nabierają takiego charakteru, gdy się je umieści w tekście prawnym o najwyższej randze? Pozytywista będzie musiał się skłonić ku temu drugiemu; nadac im pierwszeństwo będzie mógł tylko w wymiarze moralnym, ewentualnie może je traktować jako zasady błękające się w poszukiwaniu normy, która by je objęła swoim zakresem. Ten niski status normatywny, jaki się przypisuje tym prawom, nie dorasta do poziomu retoryki politycznej, w której tymi prawami się zarządza. To wyjaśnia, dlaczego niektórzy znani autorzy, aby wyrwać z tej niewygodnej sytuacji, sugerują, że nie ma sensu martwić się o podstawy praw podstawowych, skoro wszyscy zdężyli się już zgodzić co do tego, jakie prawa są podstawowymi, więc się takimi dokumentami jak Powszechna Deklaracja Praw Człowieka ONZ³. To udokumentowane porozumienie wydaje się przybierać formę prawa pozytywnego, mimo tego, iż chodzi o międzynarodowy dokument, który niełatwo się wpasowuje w najbardziej ortodoksyjne pojęcie pozytywizmu.

³ N. Bobbio, *Presente y porvenir de los derechos humanos* „Anuario de Derechos Humanos” 1981 (1), s. 10.

Branie wspomnianej deklaracji za pewien rodzaj dokumentu publicznego, który potwierdza porozumienie jego sygnatariuszy co do istnienia określonych praw, które mielibyśmy obowiązek szanować, natrafia na podwójną przeszkodą. Te same podmioty, które zaangażowały się w jego przygotowanie, zaprzeczają, aby takie porozumienie istniało. Podpisanie tekstu deklaracji nastąpiło pod warunkiem niezadawania sobie pytań co do jego właściwej treści. Mieli oni wystarczająco dużo czasu, aby w wyniku szerszego konsensu treść ta była jasniejsza. Kiedy jednak nadszedł czas konkretyzacji deklaracji w paktach międzynarodowych o praktyczniejszym znaczeniu, okazało się, że porozumienia brak; a raczej, że doszło do pewnego rozdzielenia jego rozumienia. Trzeba było rozdzielić z jednej strony prawa obywatelskie i polityczne służące za hamulec dla działalności władzy publicznej, od praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych stanowiących siłę napędową tej władzy. Podczas gdy te pierwsze mają niejasny przedpaństwowy charakter, te drugie pojawiły się jako hojna próba przekupstwa ze strony państwa.

Tak więc brak było porozumienia, a nawet jego oznak. Podział na ideologiczne bloki wokół dwóch władz hegemonicznych, wewnątrz czysto hipotetycznie istniejącej wspólnoty międzynarodowej, nie pozwolił na więcej. W dalszym ciągu górcja teoria prawa, niezdolna do uznania za prawo czegoś, co nie posiada wsparcia państwa, przekładala *ad calendas graecas* przyznanie autentycznej mocy obowiązującej tym prawom w oczekiwaniu na skonsolidowanie się superpaństwa międzynarodowego. Ponadto próba oparcia już skonsumowanych praw człowieka na porozumieniu, łatwo składającym się tylko z ogólnych założeń, pomniejszała jeden z zasadniczych aspektów tych praw: ich utopijny wymiar. Kiedy na przykład prawa są powoływane w celu położenia kresu dyskryminacji ze względu na płeć, nikt nie odwołuje się do głównego nurtu zawartego w aktualnych poglądach na prawo. Odwołujemy się do funkcji promocyjnej raczej niż do represyjnej prawa i choć nie jest to jeszcze ogólnie przyjęta praktyka, to dzięki niej będzie można zerwać z utrwalonymi stereotypami, przyjmowanymi wcale nie tak rzadko przez same ofiary.

Z tej sytuacji istnieją tylko dwa wyjścia. Można nadal ignorować kwestie podstaw prawa, osiadając wygodnie w dwuznacznych stwierdzeniach: nie ma niczego ważniejszego ani mniej uzasadnionego od praw człowieka. Efektem tego będzie ustanawianie ich w takim zakresie, jaki będzie odpowiadał państwu. Jakakolwiek próba wykroczenia poza te granice, w związku z brakiem uprzed-

niego przyznania danego prawa przez państwo, otworzy drogę „akrobatycznym” sytuacjom. Te same państwa, które przypisują sobie prawo oceniania areny międzynarodowej, twierdząc, który reżim polityczny spełnia wymogi pewnego minimum etycznego, a który należy uznać za osadzony w osi zła, skoncę, przenosząc podejrzanych, umieszczając ich poza strefą działania ich własnej władzy demokratycznej albo wywoząc ich, aby mogli być poddani torturom poza granicami państwa. Dla odmiany, nie będzie tak łatwo wyjść z założenia, że istnieją pewne autentyczne prawa, które towarzyszą człowiekowi przez sam fakt bycia nim. Będzie to wymagało przemyślenia samego konceptu prawa oraz przyznania, że państwa są umocowane - w takim stopniu, w jakim są do tego zdolne - do uznania tych praw, które istniały wcześniej niż państwo, szanując oczywiście ich podstawowe treści, których same państwa nie mogą ustanowić. Co za tym idzie, żadna konstytucja nie przyznaje praw człowieka, a jedynie je uznaje, jako że te istniały w rzeczywistości prawnej już wcześniej. Właśnie dlatego, że istnieją, wymagają swego normatywnego wyrażenia. Nie działoby się tak, gdyby chodziło o zwykłe moralne przestrogi. To wszystko ukazuje nam nierozłączność utopijnego charakteru oraz wymogu nadania charakteru pozytywnego prawom człowieka, które tym samym przestają być jedynie proklamacją dobrych intencji.

Oznacza to uznanie tego, iż prawo nie jest tym, co zakładają albo nakładają państwa dzięki możliwości użycia przymusu i zarządzania homologującymi symbolami, które to zapowiadają możliwość wejścia tych praw do gry. Prawo oraz prawa trzeba by utożsamiać przede wszystkim z uporządkowaniem stosunków społecznych. Nie istnieje przy tym żadna państwowa norma, która nie wskazywałaby na ten aspekt sprawiedliwości. Czyniąc to, nie ogranicza się do pozytywistycznego odwoływania się do strategii legitymacji prawnej. Bez sprawiedliwości nigdy nie będzie mowy o istnieniu żadnego prawa, a jedynie o istnieniu nieokrzęszonej władzy i to bez względu na to, jak dużą ilość, formalizmu byśmy ją oszlifowali. Nie chodzi również o to, żeby każde roszczenie czy każdy kaprys przekształcał się od razu w prawo. Ma się tak dzieć jedynie wtedy, gdy mają one za podstawę wolności i poszanowanie równości.

W momencie, gdy w taki czy inny sposób formuluje się tę propozycję, uruchamia się zarazem proces pozytywizacji, bez którego to, co ma charakter normatywny, byłoby iluzoryczne. Ten proces pocila za sobą zbieg trzech składników: ocen wartości związanych z konkretnym pojęciem, mniej lub bardziej odzwierciedlającym cel sprawiedliwości; stopniowej integracji mechanizmów

formalnych i instytucjonalnych, które służą za punkt odniesienia dla porządku prawnego; oraz przyzwyczajenia, które zmienia to, co było tylko czystą teorią, w społeczne *consuetudo*. Wszystko to wskazuje na niewłaściwość, a wręcz niepokojący charakter użycia terminologii sprzecznej z domniemaniami praw moralnych. Oczywiście jest, iż poszanowanie tych praw, o których mowa, związanych z człowiekiem tak bardzo, że pozbawienie go tych praw jest rzeczą niewyobrazalną, jest zakorzenione w ich nieuniknionym wymiarze moralnym. Należałoby więc uznać za pewnik istnienie obowiązku - raczej moralnego niż prawnego - powstrzymania wszystkiego, co by je mogło naruszyć. Ale prawa moralne nie są normatywnymi dlatego, że mogą stwarzać pewien wymiar moralny, ani dlatego, że nieuchronnie opierają się na koncepcji tego, jak powinien się zachowywać człowiek, aby dojść do doskonałości. Stwarzają one raczej moralny obowiązek przez to, że posiadają charakter normatywny oraz przez to, że są wymagalne, a co za tym idzie - mogą stanowić podstawy współzycia społecznego. Cała reszta moralnych żądań nie będzie mogła stanowić podstawy żadnego prawa, właśnie dlatego, że nie będzie ona miała wpływu na to współzycie. Z drugiej strony samo korzystanie z tych praw nie gwarantuje człowiekowi doskonałości. Ich znaczenie jest raczej negatywne, bez nich nie byłoby podstawy nawet do poszukiwania tej doskonałości. Stanowią one, podobnie jak wszystko co normatywne, pewne minimum etyczne, choć tak jak wszystko inne, co ma taki charakter, będą stanowiły warunek osiągnięcia jakiegokolwiek optimum etycznego.

To wyjaśnia nam, dlaczego prawa człowieka, umieszczone w pozytywnym porządku prawnym, ukazują się jako podstawowe, obwołując się rdzeniem tego porządku. Dlatego też chroni się je przed koniunkturalną grą większości parlamentarnych. Ale różnica między nimi a jakimkolwiek innym prawem zawsze będzie ogromna. Z każdej normy prawnej wynika - nawet ogólnie - moralny obowiązek jej poszanowania. Dzieje się tak ze względu na pozytywne znaczenie porządku społecznego, którego utrzymanie nam umożliwia. Każde prawo opiera się - chociażby pośrednio - na podstawie moralnej, chociażby po to, aby oprzeć się na wolnościach osobistych oraz równości. Chociaż nie każdy moralny obowiązek ma znaczenie normatywne, to każda norma normatywnie niewadliwa powinna nabierać moralnego znaczenia. Tak samo prawo oparte na słusznej podstawie, czyli na podstawie moralnej, będzie w sobie miało coś z prawa moralnego, chociażby jego treść wydawała się wyjątkowo anegdotyczna.

2. Trzy antropologie jako punkt odniesienia

Wydaje się logiczne, że następnym pytaniem będzie to, w jakim stopniu dysponujemy koncepcją obiektywnej sprawiedliwości, która wydaje się przez kształcać w zależności rzeczywistości prawnej. Jest rzeczą oczywistą, że taka regulacja nie pojawi się przed nami ani w stanie stałym, ani w ciekłym czy też gazowym. Bardziej przydatne byłoby pamiętać o tym, że działalność prawna jest instrumentem kształtowania wymogów praktycznego rozumowania.

Oczywiście ten wymiar sprawiedliwości wydaje się być związany z określoną koncepcją człowieka i tego, w jaki sposób należy postępować, aby współzycie społeczne uczynić możliwym i owocnym. Brak jest takiej koncepcji sprawiedliwości, która nie odpowiadałaby jakiegos określonej antropologii. Debata na temat tego, którą z nich powinno traktować się jako punkt odniesienia, stanowi punkt wyjścia dla debaty prawnej. Różnym koncepcjom antropologicznym odpowiadać będzie różne wartościowanie i rozumienie prawa.

Z indywidualistycznej perspektywy, prawa paradoksalnie występują jednocześnie jako „reszta” i jako hamulec. Mielibyśmy prawo do tego wszystkiego, z czego państwo nie byłoby zmuszone nas wywłaszczyć w celu umożliwienia współzycia społecznego, ale jednocześnie ta faktycznie pozostawiona reszta wolności obraca się przeciwko samemu państwu, które to powinno powstrzymać się od jej odbierania. Mieć prawo oznaczałoby więc posiadanie przestrzeni wylęcznego, a zarazem wykluczającego inne podmioty korzystania z tego prawa, którego inni (a w szczególności państwo) nie powinni naruszać. Tak byłoby w przypadku prawa do życia. Nikt nie zaakceptowałby bowiem państwa, które odmówiłoby zagwarantowania tego prawa, gdyż taka akceptacja oznaczałaby posłuszeństwo w zamian za nic. Podobne znaczenie miałyby prawo do prywatności, które jak sama nazwa wskazuje wyróżnia się swoją odmiennością od tego, co publiczne, i tak dalej. Mamy do czynienia z koncepcją sprawiedliwości, która to dąży bardziej niż rzeczywiste regulacje prawne do bezkonfliktowego połączenia indywidualistycznych orbit, tak by mogły się one spotykać we wspólnej przestrzeni. Będzie ona służyła jako podstawa dla praw człowieka pierwszej generacji lub wolności.

Tej indywidualistycznej antropologii wskazującej na egzystowanie „bez innych”, a nawet przed innymi, przeciwstawia się tę, która będzie podkreślała, że indywidualne istnienie będzie jedynie odbiciem struktury społecznej. Mark-

sistowska krytyka formalnych wolności będzie wskazywała na to, jak poprzez nieznaną krzywdzącą nierówność, na której opiera się społeczeństwo burżuazyjne, zamienia się one w legitymując do wprowadzających nieład stosunków wyzysku. Całkowity brak zaufania do tego, że prawo i prawa mogą służyć czemuś innemu niż tylko makabrycznemu ozdabianiu tego, co nieludzkie, prowadzi Marksa do sformułowania opinii przeciwnej. Nie można sobie wyobrazić innej sprawiedliwości niż ta, która byłaby wynikiem rewolucyjnego zerwania struktury społecznej, która upokarza wykorzystywanego człowieka. Konserwatywne i wrogi rewolucji prawo nie ma żadnej pozytywnej roli do odegrania i wygasnie - z braku znaczenia - kiedy nie będzie już żadnej eksploatacji, którą by legitymowało.

Od indywidualizmu, który przeciwstawiał człowiekowi całe reszcie, przechodzi się do kolektywizmu, w którym człowiek w oczekiwaniu równości zbiorowej nie jest już jednostką autonomiczną „[...] istotą człowieka to nie abstrakcja tkwiąca w poszczególnej jednostce. Jest ona w swojej rzeczywistości całokształtem stosunków społecznych” - wskazuje Marks⁴. Z tego punktu widzenia mówić o wolnościach nie jest niczym innym, jak najskuteczniejszym sposobem na zablokowanie wyzwolenia społeczeństwa jako całości, łącznie z jego poszczególnymi atomami. Wszystko to prowokuje raczej do aktywacji procesu rewolucyjnego, który zawiera w sobie istnienie jednostki w stosunku do reszty, niż do utrwalania praw.

To odwrócenie uwagi będzie stanowiło podstawę do rozważenia sprawiedliwości jako prawdziwie umocowanej. Podważa się znaczenie wolności jako gwarantującej jakiegokolwiek sprawiedliwość. Podkreśla się znaczenie równości dla osiągnięcia tego umocowania, państwo zaś powstanie z ławy oskarżonych, aby zmienić się w odpowiedzialne za dobro ogółu. Tak powstanie wśród tych, którzy ufają temu co normatywne, druga generacja praw człowieka rozumianych obecnie jako świadczenia wymagalne od państwa, stanowiące przede wszystkim służbę zdrowia, dostęp do szkolnictwa czy tak zwane minimum życiowe.

Oczywiście nie rozważając różnic między obydwojema generacjami praw, wszystko wskazuje na ich uzupełnianie się. Dla poglądu tego nie zabraknie podstaw antropologicznych, jeżeli przewycięży się byt bez lub w opozycji do innych na korzyść współzycia z resztą społeczeństwa. Sergio Cotta wskazał w swojej *ontofenomenologii* na to współistnienie, które zakłada różne ramy klasycznej

⁴ W szóstej z *Thesen über Feuerbach*; en Marx-Engels Werke Institut für Marxismus-Leninismus, Dietz, Berlin 1969, t. 3, s. 6.

propozycji społeczności naturalnej⁵. Jeżeli sprawiedliwość jest dostosowaniem wolności i równości, wydaje się logiczne, aby obie wartości były szanowane.

Archetypem związanym z omawianą problematyką może być dziedzina edukacji. Daleko od zrozumienia problemu wolności nauczania - która z jednej strony gwarantowałaby możliwość wyboru szkoły zgodnie z własnym przekonaniem i hamowałaby próby takiego państwowego planowania szkolnictwa, które by się temu sprzeciwiało, a która z drugiej strony gwarantowałaby dostęp do szkolnictwa na jego obowiązkowych poziomach - musielibyśmy dążyć do ukształtowania takiego systemu, który byłby w stanie zrealizować oba te cele. Podobna będzie sytuacja, w której gwarancja do prywatności będzie szła w parze z efektywnym korzystaniem z nowoczesnego prawa do dysponowania danymi osobowymi, które to zapewnia obywatelowi wyrażenie zgody i kontrolę wykorzystywania tej prywatnej informacji, a które z drugiej strony może prowadzić do dyskryminacji.

W ten sposób zostaje podkreślony racjonalny wymiar tego, co niesie za sobą wszystko to, co posiada charakter normatywny, mając tym samym wpływ na zbiór praw. Kiedy już przewyciężyliśmy stanowisko poszczególnych właścicieli, na które wpływ miały dawne wolności i kiedy walka klas, dla której prawo jest zwykłą przeszkodą, trafiła już do muzeum, otwiera się przestrzeń dla prawnej regulacji stosunków społecznych.

Z uwagi na historię człowieka, omawianego współlistnienia nie można rozważać tylko z czysto synchronicznego punktu widzenia. Nasze decyzje mają wpływ na naszych następców, dlatego też nieodpowiedzialne byłoby, gdybyśmy zignorowali współlistnienie diachroniczne oraz wymogi sprawiedliwości, które z niego wynikają. Wymogi te znajdują swe odzwierciedlenie w prawach człowieka trzeciej generacji, których przykładem jest prawo do korzystania ze środowiska naturalnego.

3. Prawa, zasady i normy

Wydaje się jednak, że nie brak jest powodów dla sformułowania problemu sprzeczności pomiędzy prawami pierwszej i drugiej generacji. Problem ten uwydatnił się przy opracowywaniu tekstu traktatu ustanawiającego konstytucję dla Europy, a także już wcześniej w przypadku Europejskiej Karty Praw Podsta-

⁵ *La coexistencialidad ontológica como fundamento del derecho* „Persona y Derecho” 1982 (9), s. 17.

wowych. Rozważania te nie ograniczają się jedynie do problemu niezgodności ideologicznej pomiędzy tradycyjnym indywidualizmem anglosaskim czy kalwińskim a nauką społeczną zakorzenioną w katolicyzmie, która to zasila francuski i niemiecki społeczny gospodarkę rynkową. Normatywizm prawny nakazuje przyznać raj tym pierwszym: jeżeli prawa, to niewiele i na poważnie. Wesole mnożenie praw o wyłплиwej wartości raczej je bagatelizuje. Prawo do wszystkiego może okazać się skuteczniejszą formą nieposiadania prawa do niczego, jeżeli okaże się że nie istnieje sposób sprostania tytułowi wymaganiom.

Struktura norm jako wybór wszystkiego lub niczego okazuje się właściwa, aby można ją postrzegać jako narzędzie - ograniczające władzę państwowowładczą dla pierwszej generacji praw człowieka. *Habeas corpus* przykładowo odmówił władzy wykonawczej prawa do odbierania obywatelom wolności w nieograniczony sposób, bez pozostawienia ich dyspozycji władzy sydowniczej. Jeżeli patrzeć na prawa tylko z tej perspektywy, to logiczne jest, że mówienie o prawie do pracy lub prawie do zdrowia będzie brzmiało jak niebiańska muzyka. Prawa te w tym przypadku nie miałyby charakteru bardziej normatywnego niż np. prawo do niesmiertelności. Nie będzie możliwe ich zagwarantowanie.

Inaczej będzie się przedstawiała sytuacja, jeżeliby uznać, że porządek prawny nie jest złożony tylko z norm, ale również z zasad, tak samo albo i bardziej normatywnych i znaczących niż normy. Ich już omówione cechy (jako pewne wymogi optymalizujące) zbliżają je do praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych, odrzucając pustą retorykę na temat praw, których treść w znacznym stopniu zależy od środków, które władza publiczna będzie w stanie efektywnie wykorzystać.

Nie chodzi o to, że tylko te pierwsze byłyby prawdziwymi, bezpośrednio obowiązującymi prawami, podczas gdy te drugie stanowiłyby dobre intencje o niepewnej skuteczności.

Chodzi o to, że prawa pierwszej generacji łatwiej wyrazić jest w sposób normatywny, przy czym nie mają służyć niczemu innemu, jak hamowaniu władzy, pozostawiając zwykłej zyczliwości moralnej inne zadania. Tak zwane państwo społeczne pozostawałoby w ten sposób normatywnie wyłączone, co oczywiście byłoby niekorzystne z punktu widzenia podmiotów najsłabszych. Odwrotnie, gdy przewyżczając hemiplegię normatywną uznaje się rolę normatywnych zasad, to ukazuje się nam promocyjny wymiar praw, który jako narzędzia używa działalności pozytywnej lub potwierdzającej.

Kwestia ta wymaga jednak innego ujęcia problemu wartości, zasad i norm⁶. Jeżeli już sama propozycja uznania wolności ograniczonej, która wymaga poszanowania drugiego jak równego sobie, uruchamia proces pozytywizacji prawa, to jego pierwszy praktyczny rezultat przejawia się najpierw w formie zasad, a nie tekstu normatywnego. Jeżeli mówimy na przykład o niedyskryminacji ze względu na płeć, to w praktyce dojdziemy do socjologicznej analizy praktycznego wpływu określonych działań na tę zasadę i nie zadowolimy się jedynie zbadaniem formalnej równości wynikającej z tekstu normatywnego. Całe orzecznictwo dotyczące pośredniej dyskryminacji okazało się być wynikiem zastosowania zasad jeszcze przed ich odzwierciedleniem się w ogromnym zbiorze normatywnym.

Nie można więc rozumieć praw jako zwykłej wypadkowej norm. I to nie tylko dlatego, że prawa podstawowe ukazują się jako uprzednie prawu pozytywnemu i normom, ale również dlatego, że zasady stanowią fundament praw, bez oczekiwanego na to, żeby normy je uznały oraz bez decydującego modyfikowania interpretacji tych norm. Bez jakiegokolwiek zmiany normatywnej zastąpienie zasady ochrony kobiety przez ochronę rodzicielstwa zmienia zasadniczo treść tej zasady.

Nie ma więc sensu przyjmować, że prawa ekonomiczne, społeczne i kulturalne mają mniej normatywny charakter niż prawo cywilne czy prawa polityczne. Ideologicznemu tłu nie wydaje się również obca - zawsze tak generalna, jak i sprzeczna - propozycja Dworkina, aby tym drugim prawom nadać etykietę zasad o domniemanej podstawie moralnej, podczas gdy te pierwsze nie byłyby właściwie prawem. Nie łączyłyby się nawet z zasadami prawnymi podlegającymi ochronie. Byłyby one na łasce polityki władzy wykonawczej przy praworządnym wykonywaniu swoich kompetencji, uznającej je za bardziej odpowiednie w odniesieniu do czystych racji wydajności⁷. Zaznacza się tym samym granica wyróżniająca podział władz. Podporządkowuje się władzy wykonawczą odpowiedzialną za politykę sferze działań władzy ustawodawczej, której to rezerwuje się (ponownie w art. 87.3 CE) rozwinięcie tych treści konstytucyjnych, które równocześnie wylęcza się spod obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej. Nie wydaje się rozsądne mylenie obu tych aspektów.

⁶ Tak jak miałem okazję to podkreślić w *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1999.

⁷ R. Dworkin, *Taking Rights seriously*, Duckworth, London 2005, s. 140 i nn.

Nie wydaje się również właściwe identyfikowanie tych następujących po sobie generacji praw jako prawa do wolności i równości, jako że obie te wartości z samej definicji są wymogiem sprawiedliwości, która zawiera w sobie wszystkie prawa. Wolność, która nie stanowi podstawy szanowania drugiego jak samego siebie, nie może stanowić podstawy dla jakiegokolwiek prawa. Tak samo jest w przypadku kolektywizmu, który to przekreśla całą wolność. Skąd mamy więc wzięć obiektywne kryterium stanowiące podstawy dla jej regulacji?

4. Dyskusyjna iusnaturalistyczna podstawa praw fundamentalnych

Insynuowanie, że umocowanie wolności i równości, mogących służyć jako podstawa praw, znajduje się w prawie natury, jest poglądem dyskusyjnym, co z resztą po wszystkim, co zostało wcześniej ustalone, nie może nas dziwić. Oczywiście, że hegemoniczny pozytywizm prawniczy zegnął się pod wpływem tego, co uznaje za oportunistyczną i doktrynalną strategię przetrwania swego odwiecznego wroga. Pomimo wszystko ciekawe jest, że dyskusja ta nie wydaje się wcale mniej ożywiona również w gronie iusnaturalistów. Powyższe nakazuje nam przeanalizowanie poszczególnych etapów historii filozofii.

Iusnaturalisci, głównie nurtu normatywizmu rzymskiego - za przykład może posłużyć Villey - podkreślali historyczny związek teorii prawa z rozdziwieniem indywidualizmu, ożywionego przez metafizyków franciszkańskich⁸, w związku z ich przewagą nad uniwersalizmem dominikanów. Spadkobiercą tego indywidualizmu będzie pozytywizm prawny z Hobbesem na czele. Dlatego też tylko na jego łonie będzie miało sens szkicowanie teorii praw naturalnych identyfikowanych z obecnymi prawami człowieka. Z trzech tomistycznych znaczeń prawa kluczowe byłoby prawo rozumiane jako sprawiedliwość obiektywna lub *cosa justa*, wyrażona na piśmie w ustawie. To z niej wywodzono by prawa podmiotowe.

Dodajmy, że teolodzy scholastyczni jako punkt odniesienia będą traktować ustawę, będą ich obchodziły nie tyle prawa, co oczywiście obowiązki wywodzone z ustawy. Stąd biorą się ich refleksje na temat odwiecznego prawa, tak odległe dla prawników, a także odniesienia do prawa naturalnego, w którym z łatwością łączyłoby się to, co prawne, z tym, co moralne, czyli to, co tak naprawdę obchodzi teologa. Łatwo wyobrazić sobie rezultat: prawo naturalne bez praw naturalnych.

⁸ M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchretien, Paris 1968, s. 200-210 i 225-238.

Przywiązanie do tradycji ułatwia utrwalenie teoretycznego punktu widzenia, który otwiera drogę iusnaturalizmowi, który jeśli chodzi o normatywizm, a nawet legalizm, nie ma czego zazdrościć pozytywizmowi prawnemu. Zjawisko to będzie jeszcze częstsze wśród jego głosicieli niż wśród klasyków, którzy służą im za punkt odniesienia. Tak jak Kelsen pokonał legalizm pozytywistów, przyznając, że również sędzia tworzy normy prawne, również sam Tomasz z Akwinu nie stworzył legalistycznego punktu widzenia, wskazując, że „wyrok sędziego jest jakby szczególny ustawy w odniesieniu do szczególnej sprawy”⁹.

W przypadku najbardziej ortodoksyjnych pozytywistów, prawa traktowane są jako produkt uboczny ustaw. Kontrowersje doktrynalne nie obracają się wokół ustaw, ale wokół prawa niesprawiedliwego. Zagadnienie to z pewnością nie jest nieistotne, w szczególności gdy ma się na uwadze, że to właśnie powojenny konstytucjonalizm europejski z jego odwoływaniem się do praw dokonał znacznych zmian w pozytywizmie prawniczym. Jego wytrwałość w zajmowaniu się prawdziwym prawem, a nie jedynie życzliwymi propozycjami tego, jak powinno być, zderzyła się z jego osobliwą niezdolnością do wyjaśnienia znaczenia tych praw, które nie tylko mają charakter normatywny, ale które są również podstawy całego porządku prawnego.

W dalszym ciągu znamienne jest, że najważniejsza próba rozwiązania tego nowego problemu podjęta w dyskusji prawniczej wskazuje na prawo i prawa naturalne. Znamienne jest również to, że w momencie powiązania praw z umocowaniem charakterystycznym dla sprawiedliwości obiektywnej pojawiają się trudności w wyrażeniu tego zjawiska. Język angielski proponuje nam użycie neologizmu. Tak też w odniesieniu do Tomasza z Akwinu wskazuje się, że „jeśli można by użyć przysłowka »słusznie« (aright) jako rzeczownika, to można by powiedzieć, że ich pierwotnym znaczeniem byłoby słowo »słuszności« (arights), a nie »prawa« (rights)”¹⁰.

Konstytucje wskazują jako podstawy zawartych w nich praw pewien przedni etyczno-moralny kontekst, który to jest w stanie nadać sens odzwierciedlony w ich tekście treściom zdecydowanie ogólnym. Kontekst, który pomógłby zidentyfikować te podstawowe treści, które ustawy muszą szanować, a których sama konstytucja nie jest w stanie sprecyzować. Nikogo nie dziwi więc, że taki emerytowany sędzia konstytucyjny jak Rubio Llorente wskazuje, że konstytucja stano-

⁹ *Summa Theologica* II,II, q.67, art.1; cytuję dwujęzyczne wydanie, BAC, Madrid 1956, t. VIII, s. 520.

¹⁰ J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford 1999, s. 206.

wi granice między prawem pozytywnym a naturalnym, albo też ze inny niemiecki sędzia - Böckenförde rozumie, iż każda konstytucja opiera się na uprzednich podstawach etycznych, których nie może w sposób wystarczający wytłumaczyć w swoim tekście. Bez odniesienia się do tego, co zwykle się nazywa konstytucją materialną, formalna struktura tekstu konstytucyjnego nie jest w stanie zbyt wiele nam dostarczyć, może natomiast stać się pretekstem dla jej arbitralnej interpretacji lub też dla zwyczajnej dyktatury większości.

Próby rozwiązania tego problemu, odsyłające do podstaw raczej socjologicznych niż metafizycznych, nie cieszyły się powodzeniem. W Stanach Zjednoczonych rolę taką odgrywa odwołanie się do standardu, który zobowiązywałby do wypełniania woli ustawodawcy. W Hiszpanii, pomimo krótszego okresu istnienia tekstu konstytucyjnego, potwierdziły się narodziny nowego prawa podstawowego, z trudem pojmowanego przez wyborców. Innym sposobem rozwiązania tego problemu byłoby zestawienie tekstu konstytucyjnego z mentalnością społeczeństwa. Sposób ten został jednak również odrzucony przez Hiszpański Trybunał Konstytucyjny w założeniu, że wymogi konstytucyjne w sprawie równości mężczyzn i kobiet praktycznie nie odpowiadałyby zakorzenionym w społeczeństwie poglądom¹¹.

Pozbawiony punktu odniesienia tekst konstytucji może przekształcić się w zwykłą grę słów, która zupełnie wypaczalaby jego znaczenie. Tak też w jednym z pierwszych komentarzy do Konstytucji Hiszpanii nie omieszkało wskazać, że „odniesienie się do mężczyzny i kobiety nie oznacza uznania powszechności prawa, a jedynie stanowi aluzję do heteroseksualności małżeństwa, zamykając tym samym drogę dla legalizacji stałych związków homoseksualnych”¹². Jeżeli byłaby to prawda, to późniejsze żądanie, aby w przesłankach z art. 32.1 CE mieściły się również małżeństwa mężczyzn i kobiet z osobami tej samej płci, byłoby możliwe jedynie w przypadku zmiany konstytucji. Sugerowanie, że byłoby to niepotrzebne i że wystarczyłoby naciągnąć odpowiednio jej interpretację oznaczałoby zmiany tego tekstu w martwą literę.

Podstawą oporu przed uznaniem tych autentycznych praw podstawowych - a tym samym opartych na mocnych fundamentach - będących istotą człowie-

¹¹ STC (wyrok Trybunału Konstytucyjnego) 81/1982 z 21 grudnia, F.2.

¹² Luis Prieto Sanchís odwołuje się do art. 32.1 CE w *Las relaciones Iglesia-Estado a la luz de la nueva Constitución: problemas fundamentales*, incluido en el libro colectivo editado por. A. Predieri y E. García de Enterría sobre „La Constitución española de 1978”, Civitas, Madrid 1980, s. 338.

czeństwa może być problematyczny charakter ich uznania lub też strach przed tym, by nie zostały narzucone przez podmioty do tego nieuprawnione.

Ta pierwsza przyczyna jest zrozumiała, jeżeli uzna się te prawa za te, które mają dopiero co nadaną treść, której jasność jest przynajmniej wątpliwa. Każde prawo jest jednak procesem interpretacji, w którym to nie tylko utrwalają się cechy charakterystyczne prawa, ale w którym kształtuje się ono na potrzeby konkretnego przypadku i wymogów sprawiedliwości. Na tym polega właśnie proces pozytywizacji prawa. Zarówno prawo naturalne, jak i jego podmiotowe konsekwencje podtrzymują ten proces. Prawo naturalne jest zawsze tak samo zmienne jak prawo pozytywne, bez którego to nie miałoby normatywnego znaczenia. Prawo pozytywne sprzeciwiające się naturze byłoby bez wątpienia najgorszym prawem pozytywnym. Prawo naturalne zaś bez jego pozytywizacji zostałoby zredukowane do zwykłego życzenia.

Tym czasem zajmijmy się drugą z obaw. To jurysprudencja odgrywa główną rolę w procesie pozytywizacji, to właśnie ona jest w stanie nadać normatywny charakter prawom naturalnym. Oczywiście wewnątrz takiego systemu prawa jak hiszpański to do Trybunału Konstytucyjnego będzie należało ostatnie słowo, nie zapominając również o tym, co będzie miał do powiedzenia Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu w związku z prawami uznanymi przez Konwencję Rzymską Rady Europy.

Przykładem takiego pojmowania praw podstawowych przez orzecznictwo może być zdanie odrębnie sformułowane przez sędziego hiszpańskiego Trybunału Konstytucyjnego w związku z jednym z orzeczeń Trybunału na temat pomocniczego charakteru skargi konstytucyjnej, w której położono zbyt duży nacisk na same zasady. „To, czy wyczerpały się już czy też nie przydatne środki zaskarżenia, a także ustalenie tych środków jest problemem ustawodawstwa zwyczajnego. Sędzę, że nie przestrzegamy zasady legalizmu, do której to stosowania zostaliśmy powołani, jeżeli w celu usprawiedliwienia stosowania nieodpowiednich lub niepoprawnych środków zaskarżenia powołujemy się na prawo do sądu, nadając mu treść, która jest zwyczajnym tworem naszej jurysprudencji nie mającym podstawy w żadnej z konstytucyjnych lub prawnych zasad, wprowadzając tym samym czynnik całkowitej niepewności prawa”¹³.

Obawa sędziego jest zrozumiała, tak samo jak wcześniej zrozumiała była obawa Sądu Najwyższego. Mniej zrozumiałe jest natomiast to, jakie i ile z praw podstawowych zawierających konkretne treści nie jest tworem naszej judykatury.

¹³ Zdanie odrębne sędziego Vicente Conde a la STC 4/2000 z 17 stycznia.

Bez niej żadne prawo nie stałoby się prawem pozytywnym, nawet gdyby oparte było na solidnych podstawach. Nie istnieje skuteczna ochrona praw bez przedyskutowania ich rzeczywistej treści. Oczywiście nie może być to porównane do wydania czeku *in blanco*, tak aby podmioty odpowiedzialne za jego uzupełnienie wprowadzały do konstytucji to, co arbitralnie uznaje się za stosowne. To właśnie tutaj prawo naturalne - pod warunkiem, że wybaczy się użycie tego wyrażenia - ma wiele do powiedzenia.

Podkreśla to sam Trybunał Konstytucyjny, kiedy porusza problem tego, jak powinno rozumieć się zawarte w art. 53.1 CE odesłanie do poszanowania istoty treści praw podstawowych. Wskazuje on, iż „aby spróbować przybliżyć się w jakikolwiek sposób do idei treści podstawowych, należy trzymać się dwóch dróg. Pierwszy z nich jest próba odniesienia się do tak zwanej natury prawnej albo też sposobu pojmowania lub formowania się każdego prawa. Zgodnie z tą ideą należy spróbować odnaleźć związek pomiędzy językiem normatywnym, a tym, co niektórzy autorzy nazywają metajęzykiem, a co przez prawników, sędziów i specjalistów od prawa nazywane jest ideami lub przekonaniem. Wielokrotnie nazwa i zasięg prawa podmiotowego wyprzedzają moment, w którym takie prawo zostanie sformułowane i uregulowane przez konkretnego ustawodawcę. Abstrakcyjna kategoria prawa wyprzedza pojęciowo moment legislacji i w tym znaczeniu można mówić o rozpoznawalności tej abstrakcyjnej koncepcji konkretnej regulacji. Skutkiem tego treści podstawowe prawa podmiotowego tworzą możliwość działania niezbędną do tego, by prawo rozpoznawalne było jako przynależne do opisywanej kategorii. Bez tych treści prawo przestawałoby przynależać do danej kategorii i tym samym musiałoby przynależać do innej. W przypadku prawa konstytucyjnego wszystko to należy odnieść do konkretnego momentu w historii i do właściwych warunków społeczeństw demokratycznych”.

„Drugim możliwym sposobem na określenie istoty prawa jest poszukiwanie tego, co tradycja nazywa interesami prawnie chronionymi, jako swojego rodzaju zalążka i sedna praw podmiotowych. Można wtedy mówić o podstawowych treściach prawa w odniesieniu do tych treści, które są absolutnie konieczne dla interesów prawnie chronionych, które tkwią w prawie życia i które okazują się prawdziwie i efektywnie chronione. W przypadku, gdy prawo ograniczane jest w stopniu, który uniemożliwia jego wykonywanie i odziera je z niezbędnej ochrony, mamy do czynienia z przekraczaniem granicy lub zapominaniem podstawowych treści prawa. Obie zaproponowane drogi do zdefiniowania tego, co można rozumieć przez podstawowy treść prawa podmiotowego, nie stanowią dla siebie

alternatywy ani nie są dla siebie przeciwstawne. Przeciwnie, należy je uznać za dwa uzupełniające się sposoby”¹⁴.

Po tych obszernych teoretycznych rozważaniach można odetchnąć z ulgą. Nie jest konieczne abstrahowanie od prawa pozytywnego, aby potwierdzić treści podstawowe. Jednak bez powoływania się na prawo naturalne trudno jest wyjaśnić:

- jaki jest charakter prawny wspomnianego prawa i na czym polega jego metafizyka,
- co wpływa na generalizowanie przez prawników jedynie niektórych przekonanych do tego prawa się odnoszących,
- gdzie kryje się ta ciekawa przedegzystencjalna koncepcja, która pozwala na odróżnienie tego, co jest prawem,
- jego możliwości niezbędne do tego, by pozostało nieskazywane w - rzecz jasna - warunkach właściwych społeczności demokratycznej, nieobjętym przez żadnego rodzaju prawo pozytywne.

Nie sądzę, aby nawet najambitniejszy z iusnaturalistów mógł zaproponować coś więcej.

5. Nie istnieją prawa nieograniczone

Twierdzenie, iż nie ma praw nieograniczonych, stało się aktualnym problemem w hiszpańskim orzecznictwie konstytucyjnym. Jeżeli powiązanie prawa ze sprawiedliwością obiektywną utożsamiamy z ograniczeniem wolności i równości, to powoływanie się na nieograniczone wolność lub równość nie będzie stanowiło żadnego tytułu prawnego. Każde prawo należy rozumieć jako korzystanie z wolności mierzonej istnieniem wolności przyznanej innym osobom. Żadne zachowanie wykraczające poza te granice nie może być rozumiane jako wykonywanie prawa.

Jest to również oczywiste jak to, iż niezrozumiałe byłoby zastosowanie określonych ograniczeń do praw już nadanych, odbierając im tym samym część ich treści. Po raz kolejny powodem tych metaforycznych zabiegów jest normatywizm oparty na założeniu, że albo wszystko, albo nic. W dzieciństwie nauczono mnie, że Hiszpanię od północy „ogranicza” Morze Kantabryjskie. Celem tej nauki nie było jednak zakwestionowanie potęgi Hiszpanii. Jeżeli bowiem nie istniałoby

¹⁴ STC 11/1981 z 8 kwietnia, F.8, którego sprawozdawcą był Luis Díez Picazo.

Morze Kantabryjskie, to Hiszpania nie byłaby bardziej rozległa, ale po prostu by nie istniała, no chyba że ograniczałby ją inny punkt odniesienia.

Prawa nie mają określonego zasięgu, który zmuszałby je do wchodzenia w konflikt z innymi prawami, trwający dopóty, dopóki ktoś trzeci nie zaproponowałby rozejmu. Prawa nie zostają nadane raz na zawsze. Ich treść podlega ograniczeniom w konkretnych stanach faktycznych, w których zarysowują się ograniczenia tak wolności i równości, jak i innych praw związanych z danym prawem. Tym samym w wielu przypadkach nie będzie można manipulować zakresem jednego prawa (np. prawa do informacji czy wolności słowa) bez wywarcia wpływu na zakres drugiego (np. prawa do prywatności). Prawa są zwykle tak formułowane, że obowiązkowa interpretacja zawężająca ich treść będzie zależna w większym stopniu od równowazenia zasad, niż od następującym po niej - powodującym konflikty - zastosowaniu norm. Zasada uwzględniania interesu publicznego w niektórych przypadkach ograniczy zakres prawa do prywatności. Będzie to nam tłumaczyło, dlaczego osoby publiczne prywatnością będą cieszyły się w węższym zakresie niż pozostali obywatele. Jak widać sama zasada uwzględniania interesu publicznego zwiększa możliwości zdobycia informacji na temat wydarzeń wzbudzających zainteresowanie publiczne¹⁵.

Z normatywistycznego punktu widzenia mającego tendencję do wyobrazania sobie praw wyposażonych w wyraznie określone treści, okazało się niezbędne dodanie wyrażenia „kto wykonuje nadane mu prawo, nie wyrządza nikomu krzywdy”. Jego indywidualizm doprowadził do zapomnienia, iż charakter danego prawa nie pozwala na ignorowanie innego. To jurysprudencja musiała wprowadzić instytucję nadużycia prawa, która potem została odzwierciedlona w dużo późniejszej zmianie hiszpańskiego kodeksu cywilnego. Każde prawo ma swoje oparcie w sprawiedliwej podstawie, która z zasady nie może mieć nadmiernego zasięgu. Nikt nie może nadużywać czegoś, czego nie posiada. Jeżeli przykładowo obywatel wyrażałby się w sposób obelżywy, to nie nadużywałby prawa, gdyż jak przypomina hiszpański Trybunał Konstytucyjny - nikt nie ma prawa do znieważania drugiej osoby. Niepotrzebne dręczenie kogoś pozostaje więc poza granicami wolności słowa. Ograniczenie prawa, przez wyjęcie z jego zasięgu pewnych treści, nie jest tym samym co uznanie, że obywatel nie korzysta w rzeczywistości z danego prawa.

¹⁵ *La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal*, którym to tematem zajęłem się w „La Ley” 11 XII 1998 (XIX-4691), s. 1-4; praca włączona później do *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2007, s. 127-141.

Jak już wskazaliśmy, ograniczenia te spowodują wejście do gry wymogów stawianych przez sprawiedliwość obiektywną. Nie wystarczy traktować innych jak równych sobie, trzeba jeszcze doprecyzować, w jakich warunkach równość tę można by kwestionować. I tak na przykład dzieje się w przypadku konieczności wprowadzenia hierarchii między godnością a autonomią jednostki. Ma to miejsce w przypadku dyskusji nad eutanazją. Mówi się, że godność zabrania odbierania drugiemu człowiekowi życia. Kontrargumentem jest to, że niemożliwość samodzielnej egzystencji odbiera niektórym jednostkom godność. Nie ma konieczności odwoływania się do tak makabrycznych przykładów, wystarczy nawrócić do tradycyjnego powiązania między ochroną prywatności a poszanowaniem godności. Stąd nacisk na te aspekty w dużej mierze namacalne, które uważa się za szczególnie delikatne. Wejście w grę informatyki zmieniło jednak punkt odniesienia.

Konstytucja Hiszpanii wydaje odnosić się jeszcze do klasycznego punktu widzenia, wskazując w ostatnim ustępie art. 18, że „w celu zapewnienia ochrony czci, prywatności życia osobistego i rodzinnego obywateli oraz pełnej realizacji ich praw ustawa określi granice wykorzystania informatyki”. Cytowany ustęp przewiduje jedynie konieczność ustalenia granic wykorzystania informatyki w celu zachowania godności w różnych aspektach bycia człowiekiem. Presja wywierana przez informatykę stała się jednak w większym stopniu przyczyną rozważań na temat prywatności niż godności. Jeżeli informacja stałaby się źródłem władzy, to równość pomiędzy obywatelami byłaby naruszona. Przyczyną tego naruszenia byłby brak wyraźnego wskazania, jakimi danymi można rozporządzać, a jakimi nie. Zjawisko to może prowadzić do dyskryminacji i to zarówno w sprawach błahych, jak i tych o większym znaczeniu. W taki oto sposób wylania się osobliwe prawo do kontroli danych osobowych, które to zabrania dysponowania nimi bez upoważnienia osoby zainteresowanej, i od którego to wyjątki mogą być przewidziane jedynie w konkretnych celach określonych przez ustawę.

Pojawianie się coraz to nowych sytuacji będących przyczyną nierówności implikuje konieczność tworzenia nowych rozwiązań prawnych. „Nasza Konstytucja w odpowiedzi na nowe, konkretne formy zagrożenia godności i praw podmiotowych ustanowiła nowe gwarancje konstytucyjne, tworząc je w sposób nieróżniący się od tego, jak wcześniej powstawały i zostawały ustanawiane prawa podstawowe”¹⁶.

¹⁶ La STC 254/1993 z 18 sierpnia podkreśla narodziny nowego prawa, które to F.7, nazywa „wolnością informatyczną” albo *habeas data*. Zajęłam się tym tematem w: *De la protección de la*

6. Prawa stojące ponad państwem

W tym momencie wydaje się już jasne, że tak naprawdę nie ma praw wyprzedzających prawo. Tym, co powinno stać się przedmiotem kontroli, jest pojęcie prawa, które traktowane poważnie byłoby dla człowieka czymś w rodzaju dobrodziejstwa inwentarza. Natomiast istnieje i zawsze istniały prawa wyprzedzające państwo. Takie prawa istniały od kiedy istnieje rasa ludzka. Na powstanie tworu zwanego państwem nie trzeba było czekać wielu wieków. Obecnie jednym z trzech wymiarów sprawiedliwości - instytucjonalizacja formalna - zostało niewątpliwie udoskonalone. Stanowi to oczywiście korzyść dla pewności prawa oraz dla racjonalnego zarządzania władzą. Niemniej prawo w dalszym ciągu związane jest ze sprawiedliwością obiektywną i z tradycjami zakorzenionymi w społeczeństwie. Zarówno kształt władzy państwowej, jak i formalny kształt porządku prawnego ułatwia przewyższenie sprawiedliwości subiektywnej. Monopol państwa na władzę umożliwia ukrócenie praw silniejszych.

Wszystko to ma szczególne znaczenie ze względu na uznanie powszechności praw człowieka. Jeżeli prawo byłoby czystym tworem państwowym, to w każdym z państw istniałyby takie czy inne prawa, których uniwersalnego istnienia na całym świecie nie moglibyśmy domniemywać. Przewyciężywszy więc ten wymuszony związek prawa z państwem, należałoby odrzucić również próby lekceważenia praw człowieka, tak jakby były one jedynie ideologicznym lub kulturowym tworem. Z tego punktu widzenia ich obecna uniwersalność byłaby zaledwie przejawem etnocentryzmu tak zwanej kultury Zachodu.

Nie miałyby natomiast sensu obrona uniwersalności praw człowieka przy jednoczesnym uzależnieniu ich od samowoli państwa. Nie byłoby również rozsądne ocenianie państw pod względem większego czy mniejszego poszanowania przez nie praw człowieka, jeżeli jednocześnie upieralibyśmy się przy tym, że prawa te nie mają żadnej konkretnej podstawy.

Skuteczna ochrona praw człowieka przekształca się w problem prawa międzynarodowego. Tym samym zagadnienia te obejmuje również charakterystyczne dla prawa międzynarodowego zmienność. Według niektórych prawo międzynarodowe w rzeczywistości nie istniałoby dopóty, dopóki nie powstałoby państwo międzynarodowe. Państwo wolne do uchwalenia i wyegzekwowania tego prawa.

Z tego punktu widzenia nie istniałaby też społeczność międzynarodowa. Przebywając poza granicami państwa, znajdowalibyśmy się nadal „na lonie natury” podporządkowanej woli najsilniejszych. Traktaty i organizacje międzynarodowe służyłyby raczej jako środek oddziaływania najsilniejszych, niż jako efektywny sposób objęcia ich kontrolą. Inni uznają istnienie prawa międzynarodowego. Jednak wskazując na to, że prawo międzynarodowe jest jedynie rezultatem bilateralnych lub multilateralnych traktatów, uznanie to ma według nich jedynie prywatnoprawny charakter.

Z naszego punktu widzenia na prawo międzynarodowe wpływają często jego braki w wymiarze instytucjonalnym. Tak jak problematyka niesprawiedliwości ustaw ujawnia istnienie w porządkach prawnych luk ze względu na sprawiedliwość obiektywną, czy też tak jak *desuetudo* ujawnia takie luki ze względu na aktualność zjawisk społecznych, tak samo ograniczenia prawa międzynarodowego ujawniają jego braki. Ograniczenia te stanowią bazę dla nowych kosmopolitycznych propozycji instytucjonalnych udoskonalenia stosunków międzynarodowych, a także dla wprowadzenia kontroli poszanowania praw człowieka w każdym z narodów.

Wydaje się że w związku z rozwojem wymiaru instytucjonalnego takie braki powinny zniknąć. Przykładem tego mogą być doświadczenia związane z Konwencją Rzymską, za pośrednictwem której państwa Rady Europy uznały jurysdykcję Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu.

Na arenie o większym zasięgu geograficznym, w związku z powojennymi doświadczeniami Trybunału Norymberskiego, uciekalismy się raczej do powoływania międzynarodowych sędziów *ad hoc*. Było tak na przykład w przypadku zbrodni przeciwko ludzkości popełnionych przy okazji konfliktów w Rodezji czy byłej Jugosławii. System ten nabrał z łatwością znaczenia raczej sankcji politycznej, niż sędziewej ochrony ofiar. Postęp w tej kwestii stanowiło powołanie Międzynarodowego Trybunału Karnego w Hadze.

Bez wątpienia w momencie kiedy kładzie się nacisk na istnienie praw ponadpaństwowych, to właśnie wewnętrzne, karne porządki prawne, w celu uniknięcia sytuacji, w której granice państwa staną się przyczyną bezkarności, odwołują się do zasady sprawiedliwości uniwersalnej. Ochrona uniwersalnych praw człowieka oraz jednoczesna typizacja zbrodni przeciwko ludzkości nie dają się pogodzić z traktowaniem ich jako kwestii wewnętrznego porządku prawnego.

To wyjaśnia, dlaczego według Johna Rawlsa prawa człowieka odgrywają tak szczególną rolę w rozsądnym porządku prawnym, pełniąc trzy zasadnicze

funkcje. Po pierwsze sy warunkiem koniecznym dla uznania ustroju państwa i dla przyzwoitości porządku prawnego. Po drugie sy wystarczającym środkiem, aby nie dopuścić do interwencji innych narodów. Ustanawiają one granice pluralizmu społecznego, w przypadku przekroczenia których dane naruszenie nie mogłoby być traktowane jako problem wewnętrzny¹⁷. Ze względu na to, że prawa człowieka sy normatywne, ich naruszenie skutkuje obwołaniem danego państwa państwem zbrodniczym, a tym samym usprawiedliwia ingerencję społeczności międzynarodowej. Pluralizm kulturowy mógłby przejść w multikulturalizm zdolny do przekształcenia praw człowieka w doktrynę lokalny zwalniający niektóre państwa lub ustroje polityczne z konieczności ich poszanowania ze względów kulturowych lub historycznych.

Powyższe rozważania podkreślają niestabilność obecnego języka jako języka wieloznacznego. Wystarczy przypomnieć sobie perypetie zastosowania przez hiszpański Syd Krajowy zasady sprawiedliwości uniwersalnej. Reforma ustawy organicznej dotyczącej władzy sydowej nie zawiodła oczekiwań w związku z jej polityczny poprawności jednak przy okazji prawdopodobnego ludobójstwa w Gwatemali syd zdecydował się na zwłokę Syd Najwyższy zas był podzielony¹⁸. Najciekawsze, że ani większość sędziów, ani też ci, którzy zgłosili zdania odrębne, nie opowiedzieli się za ścisłym zastosowaniem ustawy. W obu przypadkach w ten czy inny sposób podporządkowanie się zasadzie sprawiedliwości uniwersalnej uzależniono od istnienia hiszpańskich ofiar byż też w inny sposób powyżanych z Hiszpanii. Trybunał Konstytucyjny w końcu wyrok ten unieważnił¹⁹.

¹⁷ J. Rawls, *The Law of Peoples: with „The Idea of Public Reason Revisited”* Cambridge-Mass., Harvard University Press, 1999, s. 80.

¹⁸ Analiza orzeczenia dokonana przez jednego z orzekających, Cándido Conde-Pumpido, w *La justicia universal en la jurisdicción española* „Persona y Derecho” 2004 (51), s. 49-73.

¹⁹ STC 237/2005 z 26 września.

ARE THE HUMAN RIGHTS NORMATIVE?

Summary

The paper points to the validity of the question indicated in its title and concerning the nature of human rights. The issue presented in the paper tries to answer the question concerning the normativity of these rights. For this purpose, the paper raises a number of fundamental problems, such as constantly controversial relationship between law and morality, formulation in a controversial way of rules and standards so-called positive law and the alleged hard choice between the parallel situated - the legal system and the natural law. In addition, also an important topic of coexistence of different anthropological concepts as different points of view on valuation and understanding of the law is emphasized. For this purpose author describes the transition from an individualistic anthropology through collectivism, to anthropology involving the legal regulation of social relations, which is related to the consecutive generations of human rights. Subsequently, the subject of consideration is the legal order. Namely, the author wonders whether it can be considered as composed only of norms or it includes also the rules, the same, or, more normative and significant than the norms. Author also leans over the controversial problem indicating that the empowerment of liberty and equality, which may serve as the basis of rights is in the law of nature, as well as over the lack of existence of unlimited rights, so that he eventually comes to the conclusion that, although there are no right before law, there are laws that overtake the state.

Translated by Maria Rachwał

Article details

Acta Iuris Stetinensis

2011 | 2 | 5 - 27

Czy prawa człowieka mają charakter normatywny?

[Andres Ollero](#)

Title variants:

EN ARE THE HUMAN RIGHTS NORMATIVE?

Languages of publication: PL

Abstracts:

EN The paper points to the validity of the question indicated in its title and concerning the nature of human rights. The issue presented in the paper tries to answer the question concerning the normativity of these rights. For this purpose, the paper raises a number of fundamental problems, such as constantly controversial relationship between law and morality, formulation in a controversial way of rules and standards so-called positive law and the alleged hard choice between the parallel situated – the legal system and the natural law. In addition, also an important topic of coexistence of different anthropological concepts as different points of view on valuation and understanding of the law is emphasized. For this purpose author describes the transition from an individualistic anthropology through collectivism, to anthropology involving the legal regulation of social relations, which is related to the consecutive generations of human rights. Subsequently, the subject of consideration is the legal order. Namely, the author wonders whether it can be considered as composed only of norms or it includes also the rules, the same, or, more normative and significant than the norms. Author also leans over the controversial problem indicating that the empowerment of liberty and equality, which may serve as the basis of rights is in the law of nature, as well as over the lack of existence of unlimited rights, so that he eventually comes to the conclusion that, although there are no right before law, there are laws that overtake the state.

Keywords:

PL [Prawa człowieka](#) [Prawo konstytucyjne](#)

EN [Human rights](#) [Constitutional Law](#)

Publisher: [Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego](#)

Journal: [Acta Iuris Stetinensis](#)

Year: 2011

Issue: 2

Pages: 5 - 27

Contributors:

author [Andres Ollero](#)

Uniwersytet Rey Juan Carlos (MADRYT)

References:

N. Bobbio, Presente y porvenir de los derechos humanos "Anuario de Derechos Humanos" 1981 (1);

R. Dworkin, Taking Rights seriously London, Duckworth, 2005;

J. Finnis, Natural Law and Natural Rights Oxford, Clarendon Press, 1999;

K. Marks, Thesen über Feuerbach; in Marx-Engels Werke Institut für Marxismus-Leninismus, Berlin, Dietz, 1969, tom 3;

A. Ollero, De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2008;

A. Ollero, Derechos humanos. Entre la moral y el derecho México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007;

A. Ollero, Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999;

A. Ollero, El derecho en teoría Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007;

A. Ollero, La coexistencialidad ontológica como fundamento del derecho "Persona y Derecho" 1982 (9);

A. Ollero, La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal, "La Ley" 11 XII.1998 (XIX-4691);

L. PRIETO SANCHÍS, Las relaciones Iglesia-Estado a la luz de la nueva Constitución: problemas fundamentales, incluido en el libro colectivo editado por A. Predieri y E. García de Enterría sobre "La Constitución española de 1978" Madrid, Civitas, 1980;

J. Rawls, The Law of Peoples: with "The Idea of Public Reason Revisited" Cambridge-Mass., Harvard University Press, 1999;

Tomasz z Akwinu, Summa Teologica II.II, q.67, art.1, Madrid, BAC, 1956, t. VIII;

M. VILLEY La formation de la pensée juridique moderne Paris, Montchretien, 1968;

YAZDA identifier: bwmata1.element.desklight-53eba84e-e902-453e-87ba-34f752dfae0b



UNIwersytet SZCZECIŃSKI

ZESZYTY NAUKOWE NR 691

ACTA IURIS STETINENSIS 2

SZCZECIN 2011